

# LIMITACIONES DEL DERECHO DE ASISTENCIA A LA JUNTA Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Por  
VIRGINIA VEGA CLEMENTE

**SUMARIO: ABSTRACT-RESUMEN.-** 1. INTRODUCCIÓN: DERECHO DE ASISTENCIA Y VOTO.- 2. LAS ACCIONES SIN VOTO. 2.1. CONCEPTO Y SIGNIFICADO. 2.2. CONTENIDO DE DERECHOS.- 3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. 3.1. LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA: GENERALIDADES. 3.1.1. *Caracterización.* 3.1.2. *Formas de administración.* 3.1.3. *Nombramiento de los administradores.* 3.1.4. *Funciones y retribución.* 3.2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. 3.2.1. *Conceptuación.* 3.2.2. *Constitución y funcionamiento.*- 4. PROBLEMÁTICA DE LA REPRESENTACIÓN EN LAS PERSONAS JURÍDICAS. 4.1. INTRODUCCIÓN. 4.2. LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.- 5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. 5.1. INTRODUCCIÓN. 5.2. ACCIÓN SOCIAL Y ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. 5.2.1. *Caracterización.* 5.2.2. Naturaleza jurídica de la acción de responsabilidad. 5.2.3. Presupuestos de la acción de responsabilidad. 5.2.4. Ámbito objetivo de la responsabilidad. 5.2.5. Acción social de responsabilidad.- 6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN.- 7. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR FALTA DE ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS A LA NUEVA LEGISLACIÓN.- 8. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SA EN SITUACIÓN DE CONCURSO.- BIBLIOGRAFÍA.

## ABSTRACT

The right to help the general meetings and of participating with his vow in the formation of social will permits any shareholder intervening in administration of a partnership and controlling or supervising the administrator's performance, even though the practical effectiveness of this intervention will depend, not surprisingly, on the participation of the shareholder in the capital stock. In principle all shareholders have right to help the general meetings to exercise the duty that it confers them the quality of being a member, among them, the right to vote; but statutes can narrow the right of assistance to the meetings, intervening the requirement of possession of minimal number of stock or to prepare it to another necessities.

The right of assistance, generally it runs like a simple budget of right to vote, it shows up at times like an autonomous faculty disassociated of this.

The administrators determine with his performance the vicissitude of the society. Hence, the administrator's conduct, necessarily goes to have repercussions on the shareholders, on the own society and on the outsiders that they relate to each other with this one. The law, to prevent anomalous proceedings, establishes a regiment of responsibility.

## RESUMEN

El derecho de asistir a las Juntas Generales y de participar con su voto en la formación de la voluntad social permite a cualquier accionista intervenir en la gestión de la sociedad y controlar o fiscalizar la actuación de los administradores, si bien la efectividad práctica de esta intervención dependerá, como es lógico, de la participación del accionista en el capital social. En principio todos los accionistas tienen derecho a asistir a las juntas generales para ejercitar los derechos que les confiere la cualidad de socio, entre ellos, el derecho de voto; pero los estatutos pueden limitar el derecho de asistencia a las juntas, mediante la exigencia de la posesión de un número mínimo de acciones o condicionarlo a otros requisitos.

El derecho de asistencia, que por lo general opera como un simple presupuesto del derecho de voto, se presenta en ocasiones como una facultad autónoma desvinculada de este.

Los administradores determinan con su actuación el devenir de la sociedad.

Por ello, la conducta de los administradores, necesariamente va a repercutir en los accionistas, en la propia sociedad y en los terceros que se relacionen con ésta. La ley, para prevenir actuaciones anómalas, establece un régimen de responsabilidad.

## 1. INTRODUCCIÓN: DERECHO DE ASISTENCIA Y VOTO

Entre los derechos políticos de un accionista en la sociedad anónima suelen nombrarse el de asistencia a la junta [art. 48.2.c), en los términos establecidos en el artículo 104 de la LSA], y el derecho al voto [art. 48.2.c)], siempre que no se trate de acciones sin voto (cfr. artículos 90 y 105 LSA). De esta forma, el derecho de concurrir a las Juntas Generales y de participar con su voto en la formación de la voluntad social permite a cualquier accionista intervenir en la gestión de la sociedad y controlar o fiscalizar la actuación de los administradores, si bien la efectividad práctica de esta intervención dependerá, como es lógico, de la participación que tenga el accionista en relación con el capital social de la compañía<sup>1</sup>. Dado que las juntas generales operan mediante acuerdos, y que el voto es la manifestación de la voluntad del socio dirigida a una toma de decisión, se considera que el derecho al voto es el derecho político por excelencia. Es así como la sociedad anónima, a pesar de su carácter impersonal y capitalista, no desplaza totalmente al accionista singular de la intervención en los negocios sociales.

En principio todos los accionistas tienen derecho a asistir a las juntas generales para ejercitar en ellas los derechos de voto correspondientes a sus acciones; pero los estatutos pueden limitar el derecho de asistencia a las juntas, exigiendo, con carácter general a todas las acciones “cualquiera que fuera su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la junta general, sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social” (art. 105 LSA). En consecuencia si esa limitación no existe<sup>2</sup>, el accionista tenedor de

---

<sup>1</sup> “La ley incluye entre los derechos mínimos del socio el de asistir y votar en las Juntas generales sin hacer referencia a límite alguno [(art. 48.2,c)]. Sólo después, dentro de la regulación de la Junta general, se permite la posibilidad de limitar el *ejercicio* del derecho de asistencia y de voto, según lo dispuesto en el art. 105 cuyo núm. 3, al emplear el término “ejercicio”, permite deducir que el legislador es consciente de la diferencia entre el ejercicio de los derechos y su titularidad” LOJENDIO OSBORNE, I., en *Derecho Mercantil* (Coord. G.I Jiménez Sánchez), Ed. Ariel, 4ª ed., Barcelona, 2003, p. 274.

<sup>2</sup> Puede verse al respecto ESPINOSA ANTA, J.L., “Los derechos esenciales y la protección a la minoría en la sociedad anónima”, en *Revista Derecho Privado*, 1976, pp. 22 ss.; JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.



una sola acción tendrá derecho de asistencia con voz y con voto. La Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, ha añadido dos apartados al artículo 105 para permitir, de conformidad con lo que se dispone en los estatutos, la delegación o el ejercicio del voto por correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto<sup>3</sup>. El art. 105.5, por su parte, establece que los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la junta como presentes.

Hay que tener en cuenta que el derecho de voto es, por otro lado, un derecho en cierto modo intangible del que no puede ser privado ningún socio (salvo en los casos específicamente previstos en la Ley) y que ha de atribuirse de forma rigurosamente proporcional -lo hemos visto- al valor nominal de la acción. Esta proporcionalidad quiebra en cierta forma, sin embargo, en el supuesto contemplado por el artículo 105.2, que permite a los estatutos «fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo», de tal forma que este número máximo operaría como límite para los accionistas que poseyesen o adquiriesen una participación social superior<sup>4</sup>. Se trata de una medida que, en la intención del legislador, serviría para recordar la influencia de los grandes accionistas en el seno de las Juntas Generales y para facilitar así la defensa de las minorías frente a la acumulación de grandes poderes sociales en una sola mano. En la práctica, sin embargo, esta posibilidad ha sido profusamente utilizada por las sociedades cotizadas como medida de «blindaje societario» frente a adquisiciones no deseadas, al limitarse así los posibles cambios de control de carácter hostil o inamistoso (pues la adquisición de la mayoría del capital no garantizaría la mayoría de los derechos de voto). Todas las acciones que no sean “sin voto” tienen, pues, derecho de voto. El contenido del mismo viene dado por la regla de la proporcionalidad<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Hay que tener en cuenta que la referencia a la delegación se añadió por enmienda transaccional en el Senado junto con la reforma del artículo 106.2 para permitir, de nuevo, conferir la representación por medios similares de comunicación a distancia.

<sup>4</sup> Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GILARTE, J., “La limitación del número máximo de votos correspondientes a un mismo accionista”, en *RDBB*, 42 (1991), pp. 271 ss.

<sup>5</sup> Esto se desprende del tenor del artículo 50.2 de la LSA que, cuando regula las acciones privilegiadas, no considera válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. Se formula de esta forma con claridad un principio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico.



Pero aun siendo consustancial el derecho de voto con la condición de socio, la Ley prevé algunos supuestos en los que no podrá ser ejercitado<sup>6</sup>:

a) En el supuesto del artículo 44.1 de la LSA, cuando el socio incurre en mora por el impago de los dividendos pasivos. Se trata en este caso de una medida coactiva que tiende a procurar la máxima diligencia en el cumplimiento del deber de aportación<sup>7</sup>.

b) En el caso de adquisición de acciones propias por la sociedad (art. 79 LSA). En este supuesto se trata de impedir que los administradores puedan servirse del derecho de voto inherente a estas acciones para influir en la Juntas de accionistas.

c) También cuando se incumple la obligación de reducción establecida en el caso de participaciones recíprocas (art. 83.3).

d) Además de estos supuestos en la Ley de Sociedades Anónimas, hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el artículo 40 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, que establece la suspensión de los derechos políticos de quien adquiera una participación significativa de una sociedad cotizada sin formular la preceptiva OPA.

e) A todo lo anterior hay que añadir la específica previsión en la Ley de la figura de las acciones sin voto, que se caracterizan precisamente por el hecho de sustituir el derecho de voto por un privilegio económico,<sup>8</sup> y que serán objeto de estudio más adelante.

f) Por último, debemos significar que la Ley también concreta que se encarga de precisar que tampoco atribuyen el derecho de voto «los bonos de disfrute entregados a los titulares de acciones amortizadas en virtud de reembolso» (art. 48.3); se trata de bonos que pueden entregarse a los titulares de acciones que resulten amortizadas en una operación de reducción del capital, que suelen dar derecho a una participación en los beneficios sociales, pero que no confieren el derecho de voto por no constituir una parte alícuota del capital social.

A diferencia de los derechos patrimoniales del accionista, el derecho de voto es un derecho personal que, por su peculiar naturaleza, no puede ser enajenado o

---

<sup>6</sup> Puede verse: SAGASTI AURREKOETXEA, J.J., *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades de valores*, Madrid, 1997, pp. 75 ss.

<sup>7</sup> En este caso, el precepto añade que el importe de sus acciones se deduzca del capital social a efectos de quórum.

<sup>8</sup> Sobre el particular puede verse la reflexión que hace PAZ ARES, C. en *¿Dividendos a cambio de votos?*, Madrid, 1996.

cedido con independencia de la acción<sup>9</sup> y que habrá de ser ejercitado necesariamente por el propio accionista, por sí o por medio de representante. Solo los accionistas pueden contribuir a la formación de la voluntad social, y únicamente por vía de excepción es admisible que los estatutos autoricen a votar en las Juntas Generales a personas no accionistas que sean titulares de derechos reales de usufructo o de prenda sobre las acciones (arts. 67 y ss. LSA).

Por lo demás, el derecho de asistencia, que por lo general opera como un simple presupuesto del derecho de voto, se presenta en ocasiones como una facultad autónoma desvinculada de este (y así lo acredita la específica mención del mismo en la enumeración de derechos esenciales del art. 48.2). De hecho, el derecho de asistencia se atribuye incluso -como veremos- a los titulares de acciones sin voto, y tampoco queda afectado en aquellas situaciones en que la propia Ley suspende el ejercicio del derecho de voto (v. gr., socios que se hallen en mora en el pago de los dividendos pasivos, de acuerdo con lo previsto en el art. 44.1). Sin embargo, aunque la titularidad del derecho de asistencia se atribuya incondicionalmente a todos los socios, los estatutos pueden limitar su ejercicio mediante la exigencia de la posesión de un número mínimo de acciones (art. 105) o condicionarlo a la legitimación anticipada del accionista (art. 104).

## **2. LAS ACCIONES SIN VOTO**

### **2.2. CONCEPTO Y SIGNIFICADO**

La consagración del derecho de voto como derecho sustancial inherente a la cualidad de socio [art. 48.2. c)] convive en la vigente Ley con la posible emisión por parte de las sociedades anónimas de «acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado» (art. 90). La regulación de las acciones sin voto es una de las novedades más importantes de la vigente Ley de sociedades anónimas. Estas acciones se desarrollaron en el derecho anglosajón durante el siglo XIX y en la actualidad se siguen manteniendo en el Derecho inglés, y se han extendido, con mayor éxito en el americano y en otros ordenamientos continentales.

---

<sup>9</sup> Cfr. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 9 de diciembre de 1997.

Estas acciones suponen la ruptura con el dogma fundamental de la organización de poderes en el seno de la sociedad anónima tradicional de corte capitalista, regida democráticamente por la voluntad mayoritaria de los socios en régimen de igualdad de derechos<sup>10</sup>. Estas acciones, que esencialmente se caracterizan por la atribución de un mayor contenido de derechos económicos a cambio de la supresión del derecho de voto (y, eventualmente, del derecho de suscripción preferente, aunque únicamente cuando el emisor sea una sociedad cotizada), están especialmente pensadas para favorecer la capitalización de las grandes sociedades<sup>11</sup>, que pueden atraer así a los pequeños accionistas que se desinteresan por completo del ejercicio de los derechos políticos y que conciben su participación en la sociedad como una mera inversión, de la que simplemente espera la máxima rentabilidad económica. Al propio tiempo, las acciones sin voto pueden emplearse para consolidar situaciones de control sobre la sociedad, en el supuesto de que los derechos políticos se concentren en los accionistas directamente interesados en la gestión social (lo que hace que estas acciones ofrezcan interés, por ejemplo, para sociedades familiares que acceden a la Bolsa, y que garantizan así el mantenimiento del control en el grupo originario de accionistas). Este tipo de acciones no han tenido gran difusión en nuestro derecho.

La LSA permite a la sociedad emitir acciones sin voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado (art. 90). Si se supera esta proporción como consecuencia de una reducción del capital social, deberá restablecerse en el plazo de dos años o procederse a la disolución de la sociedad (art. 92.2, párrafo primero).

Las acciones sin voto son auténticas acciones, que atribuyen a sus titulares la condición de socios y que otorgan, exclusión del derecho de voto [y, en su caso, del derecho de suscripción preferente, aunque -como se vera- la exclusión estatutaria de este derecho solo es posible en relación a las sociedades cotizadas], todos los demás derechos inherentes a dicha condición (art. 92.1). Pero son, además, acciones privilegiadas, ya que la supresión del derecho de voto viene compensada con la atribución de un conjunto de beneficios de naturaleza económica en las acciones ordinarias<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> URÍA, R., "El derecho de voto del accionista", en *RCDI* (1943), p. 65.

<sup>11</sup> PORFIRIO CARPIO, L., *Las acciones sin voto en la sociedad anónima*, Madrid, 1991; TAPIA HERMIDA, A., "Las acciones sin voto", en *RDBB*, núm. 40 (19990), pp. 749 ss.

<sup>12</sup> Cf. OLIVENCIA, M., "Algunas consideraciones sobre el derecho a voto en las sociedades anónimas", en *AAMN*, 17 (1972), pp. 286 ss.



Debe tenerse presente, en todo caso, que estas acciones apenas han encontrado difusión práctica en nuestro mercado, tal vez debido a la rigidez con que fueron reguladas en la Ley de 1989. Esto es lo que explica que el legislador se haya visto en la necesidad de modificar, a través de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores (enmendada en este extremo, a su vez, por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), la regulación que la Ley de Sociedades Anónimas dedica a estas acciones, con el propósito esencial de flexibilizar algunos aspectos de su régimen legal (aunque en relación, fundamentalmente, a las sociedades cotizadas, para tratar de favorecer la realización de emisiones de acciones sin voto en nuestro mercado de valores)<sup>13</sup>.

## 2.2. CONTENIDO DE DERECHOS

El carácter privilegiado de las acciones sin voto se manifiesta, en primer lugar, en el derecho a percibir un dividendo anual mínimo, que puede ser fijo o variable y que la sociedad ha de determinar en los estatutos sociales (art. 91.1). Mientras que en su regulación originaria la Ley exigía que dicho dividendo fuese superior al 5 por 100 del capital desembolsado por cada acción sin voto, la nueva regulación reconoce la libertad de la sociedad emisora para fijar en sus estatutos el contenido exacto de este dividendo mínimo.

Ahora bien, esa libertad atribuida a los estatutos para fijar el importe o la naturaleza de este dividendo mínimo no se extiende a determinadas condiciones relativas a su abono. De un lado, la percepción de este dividendo mínimo no agota los derechos económicos de los titulares de las acciones, que además «tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las acciones ordinarias» (art. 91.1.I). Y, de otro lado, con la finalidad de tutelar a los titulares de estas acciones, la Ley obliga a la sociedad a acordar el reparto de dicho dividendo mínimo cuando existan beneficios distribuibles (art. 91.1.II).

En el supuesto de que la sociedad no pueda abonar el dividendo mínimo por no existir beneficios distribuibles o por no haberlos en cantidad suficiente, las consecuencias varían en función de que se trate de sociedades que coticen o no en el mercado de valores. Si se trata de sociedades no cotizadas, «la parte de dividendo

---

<sup>13</sup> Vid. PÉREZ MORIONES, "El voto en el derecho societario español", *DGD*, 1996, pp. 8595 ss.

mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes»; además, y mientras no sea satisfecha la parte impagada del dividendo mínimo, las acciones sin voto conferirán este derecho en igualdad de condiciones que las acciones ordinarias, a la vez que conservan sus ventajas económicas (art. 91.1.III). Este régimen se flexibiliza en relación a las sociedades cotizadas, que pueden derogar o enmendar estas dos reglas en sus estatutos sociales (art. 91.4); en este caso, pues, son los estatutos los que habrán de determinar si el dividendo mínimo es o no acumulativo en el tiempo, y si la falta de abono del mismo comporta o no la recuperación del derecho de voto por parte de los titulares de estas acciones.

Aparte del privilegio del dividendo mínimo, que es el más significativo, la Ley concede a las acciones sin voto otra serie de beneficios: a) la preferencia para el reembolso del valor desembolsado antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes acciones, en caso de liquidación de la sociedad (art. 91.3); y b) la ventaja de no verse afectadas por las reducciones de capital ocasionadas por pérdidas, mientras la reducción no supere el valor nominal de las restantes acciones. En este caso, si como consecuencia de la reducción, el valor nominal de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado (que es -recordemos- el límite cuantitativo fijado por el art. 90 para la emisión de estas acciones) y no se restableciera esa proporción en el plazo de dos años, procedería la disolución de la sociedad; además, cuando la reducción del capital por pérdidas implique la amortización de todas las acciones ordinarias y, por tanto, la eliminación de las acciones con derecho de voto, «las acciones sin voto tendrán tal derecho hasta que se restablezca la proporción prevista legalmente con las acciones ordinarias» (art. 91.2).

Por otra parte, cuando la sociedad emisora cotee en Bolsa, las acciones sin voto pueden ser emitidas sin derecho de suscripción preferente o, en su caso, con este derecho limitado (v. gr., ciñéndolo a las emisiones de acciones de la misma clase), siempre que la privación o limitación del derecho haya sido prevista en los estatutos sociales. Así resulta, en efecto, del artículo 91.4 (introducido con la reforma de 1998), que se remite a los estatutos «respecto del derecho de suscripción preferente de los titulares de acciones sin voto» de sociedades cotizadas.

El régimen legal de las acciones sin voto se cierra con la indicación de que no podrán acogerse a la designación de miembros del Consejo de Administración por el sistema -que veremos- de representación proporcional (art. 92.2), y con la exigencia de un acuerdo mayoritario de estas acciones, reunidas en Junta especial o por medio de votación separada en la propia Junta General, para las

modificaciones estatutarias que lesionen directa o indirectamente los derechos que les corresponden (art. 92.3); esta última previsión trata de evitar, lógicamente, que el régimen de derecho de estas acciones pueda ser modificado mediante un simple acuerdo adoptado en Junta General por los titulares de las acciones ordinarias, exigiendo a tal efecto otro acuerdo separado de los tenedores de las acciones afectadas.

### 3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

#### 3.1. LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA: GENERALIDADES

##### 3.1.1. *Caracterización*

En la sociedad anónima, junto a un órgano que encarna la soberanía de los accionistas, existe un órgano ejecutivo o de administración, encargado de la gestión y representación social: los administradores (art. 123 y ss.). Los administradores no son simples mandatarios, sino que constituyen un órgano social con facultades y competencias exclusivas (a diferencia de lo que significaba el derogado art. 156 del CCO, que los concebía como meros mandatarios amovibles)<sup>14</sup>. Con todas estas premisas, podemos concluir que los administradores es el órgano de la sociedad anónima, con poder ejecutivo, encargado de la gestión y representación social (cfr. art. 131 LSA).

##### 3.1.2. *Formas de administración*

No establece la LSA una única forma de administración de la sociedad anónima, sino que permite, de cara a obtener la mayor operatividad posible, que este órgano social se articule de varias formas: 1) *Órgano unipersonal*: La gestión y

---

<sup>14</sup> Este carácter de órgano social frente a su antigua naturaleza de simples mandatarios, queda patente en los siguientes aspectos: a) Los administradores tienen un ámbito propio e inderogable de competencias (art. 129). Si fueran simples mandatarios, el mandante podría establecer condiciones o restringir facultades en cuanto a sus funciones; b) Dado el carácter de órgano tienen que actuar en interés de la sociedad y no de los accionistas; c) Están legitimados para impugnar acuerdos sociales (cfr. art. 117.1). Ello sería imposible si fuesen simples mandatarios, ya que en este caso estarían siempre subordinados a los apoderamientos concretos y órdenes establecidas por sus principales o mandantes; d) Al ser un órgano de confianza de la junta, pueden ser removidos de su cargo en cualquier momento y sin justificación ninguna.



representación se confía exclusivamente a una persona (art. 123). 2) *Órgano pluripersonal*: Cuando el órgano está compuesto por más de una persona. A su vez, y dependiendo de la forma de actuación de los integrantes de este órgano social, se distingue entre: a) funcionamiento solidario: cada miembro puede actuar indistintamente, y b) funcionamiento mancomunado: cada miembro no puede actuar indistintamente, sino que necesita del concurso del otro miembro para gestionar los intereses sociales o representar a la sociedad dentro o fuera de juicio (cfr. art. 125, *in fine*). 3) *Órgano colegiado*: Si los integrantes son más de dos personas y se les confía conjuntamente la administración, el órgano debe configurarse bajo la forma de Consejo de administración (art. 136). En este supuesto, ninguno de los miembros posee individualmente facultades de gestión o representación, ya que las mismas corresponden al órgano de forma colectiva, el cual toma las decisiones conjuntamente por votaciones, pudiendo existir, a su vez, un representante del Consejo que se denomina consejero delegado.

### 3.1.3. *Nombramiento de los administradores*

Se plantean dos problemas en cuanto a la designación de las personas que han de integrar el órgano de administración: De un lado, la designación concreta de la estructura que ha de tener el órgano de administración de la sociedad, y de otro, las personas que han de componer referido órgano. En cuanto a la designación concreta de la estructura que ha de tener el órgano de administración de la sociedad, hay que significar que este problema queda resuelto con la redacción de los estatutos, dado que el art. 9.h) de la LSA establece la necesidad de que los estatutos contengan la forma que ha de revestir referido órgano, y que no son otras que las enumeradas en el epígrafe anterior, así como el número de administradores -que en el caso del Consejo de administración no será inferior a tres- o, al menos, el número máximo y mínimo.

En lo atinente a la nominación o designación de las personas concretas que han de integrar dicho órgano, debemos admitir que esta cuestión plantea varios problemas. De una parte, las personas que pueden ser administradores: para ser administrador no es preciso tener la cualidad de accionista, a menos que los estatutos dispongan otra cosa (123.2). Por tanto, pueden incluirse en la nominación expertos o técnicos en administración de empresa, ya que la sociedad anónima es una sociedad «organicista de terceros». Los administradores pueden

ser personas físicas o jurídicas, si bien se establecen con carácter general ciertas incapacidades e incompatibilidades<sup>15</sup>, bajo el rótulo de prohibiciones<sup>16</sup>.

En el caso de que se produjeran las incompatibilidades o prohibiciones del artículo 124 deberán ser inmediatamente destituidos, a petición de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir, conforme al artículo 133 de la LSA, por su conducta desleal (art. 132.1). Si se trata de administradores de sociedades competidoras o de personas con intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en el cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general (art. 132.2).

En cuanto a la forma concreta de designación de los administradores, hay que tener en cuenta que el nombramiento de los administradores y la determinación de su número, cuando los estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponde a la junta general de accionistas, la cual podrá, además, fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación (art. 123.1).

El nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción en el RM dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla (art. 125 LSA y 124 y 141 del RRM).

Los administradores ejercerán su cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, el cual no podrá exceder de cinco años, sin perjuicio de que con

---

<sup>15</sup> Cfr. arts. 222 del Código Civil; 5, 13 y 14 del Código de Comercio y 148 del Reglamento Mercantil.

<sup>16</sup> «No pueden ser administradores los concursados no rehabilitados, los menores e incapacidades, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, los que hubieran sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores de la sociedad los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la sociedad de que se trate» (art. 124). También afecta la incompatibilidad a los administradores de otra sociedad competidora o a las personas que tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cuya valoración habrá de hacerse en junta general (art. 132.2). En este caso, la incompatibilidad se deja a criterio de la junta general, por lo que la simple petición de un accionista no será causa suficiente para la separación si no es aprobada por la junta. Además de estas prohibiciones existen otras incompatibilidades establecidas en otras leyes, como los arts. 98.3 y 159.4 de la CE sobre miembros del Gobierno y del Tribunal Constitucional, Ley de 26 diciembre de 1984, sobre incompatibilidades de los funcionarios. Los consejeros bancarios, por su parte, tienen limitaciones. También es de aplicación el art. 16 de Ley de 2 de agosto de 1985, sobre consejeros de Cajas de Ahorros, Estatuto de Gobernadores Civiles (R.D. 28 diciembre 1980), Delegados del Gobierno, normativa autonómica, etc.

anterioridad puedan ser separados por la junta general. Podrán ser reelegidos indefinidamente por períodos de igual duración (art. 126)<sup>17</sup>.

La destitución de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la junta general (art. 131). En los supuestos especiales de prohibición o incompatibilidad se aplica lo establecido en el art. 132, tal como hemos explicitado más arriba.

### 3.1.4. *Funciones y retribución*

La LSA no contiene una regulación específica de las funciones que competen a los administradores. No obstante, de una hermenéutica y estudio detallado de algunos artículos podemos concluir que las mismas alcanzan a representar a la sociedad dentro y fuera de juicio (arts. 128 y 129), dirigir la empresa social y gestionar los intereses sociales, marcar planes de explotación, nombramiento y contratación del personal, rendición de cuentas y presentación de balances a la junta (art. 141.2), así como las demás que les asignen los estatutos.

Los administradores podrán tener derecho a una retribución por el ejercicio de sus funciones. Esta retribución deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal<sup>18</sup> y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido (art. 130).

En cuanto a la responsabilidad nos remitimos a lo que más adelante se dice con carácter especial.

---

<sup>17</sup> Véase la Disposición Transitoria 4.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre reelección o cese de los administradores que vinieran ejerciendo el cargo por período superior al de cinco años contado desde el nombramiento o desde la última reelección. En general puede verse: F. MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, en monografía de RDS, núm. 2, 1994, pp. 295 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. art. 214 de la Ley de Sociedades Anónimas.



## 3.2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

### 3.2.1. *Conceptuación*

La designación de un órgano colegiado para gestionar los intereses sociales y representar a la sociedad suele ser la forma más corriente de administración elegida por las sociedades anónimas de mediano o gran tamaño.

El Consejo de administración estará formado al menos por tres personas (art. 136), y la elección de esta forma social ha de preverse en los estatutos [art. 9.h)].

La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación, correspondiendo la misma a la junta general. La Ley posibilita la forma de nombramiento proporcional en el art. 137.2, para las acciones que voluntariamente se agrupen, y así puedan obtener un número de representantes en el Consejo de administración proporcional al número de acciones. Se pretende con ello permitir la representatividad de las minorías<sup>19</sup>.

Si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas la personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta. Esta forma de nombramiento se denomina cooptación<sup>20</sup>, y se prevé en el art. 138.

El Consejo de administración de una sociedad anónima se regirá: a) Por los preceptos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 191-143); b) por los estatutos sociales que no pueden derogar normas imperativas de la Ley; c) por el Reglamento que al efecto elabore el propio Consejo (art. 141), y d) la propia junta puede dictar normas para su funcionamiento<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. art. 140 del RRM y el Real Decreto 821/91, de 17 de mayo, por el que se desarrolla el art. 137 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en materia de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional.

<sup>20</sup> Cfr. artículo 139 del Reglamento de Registro Mercantil.

<sup>21</sup> Puede verse sobre la normación del Consejo de Administración LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores de la sociedad anónima*, Valencia, 1999, pp. 36 ss.; ORIOL LLEBOT, J., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1996; SÁNCHEZ CALERO, F., *Régimen de los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2005.

### 3.2.2. *Constitución y funcionamiento*

Las reuniones del Consejo de Administración deberán ser convocadas por su presidente o por quien haga sus veces (art. 140.1). El Consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes (art. 139). Las normas específicas del Consejo pueden elevar dicho quórum.

Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (art. 140.2).

Las discusiones y acuerdos del Consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el Presidente y el Secretario (art. 142 y véase el art. 106 del RRM)<sup>22</sup>.

La representación de la sociedad corresponde al Consejo de administración (cfr. art. 128), sin embargo, a efectos operativos, la LSA establece la posibilidad de hacer delegación de alguna o algunas de sus facultades<sup>23</sup>. Así el Consejo de administración puede nombrar Comisión ejecutiva o designar uno o varios consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos concretos que pueda conferir a cualquier persona (art. 141).

La Comisión ejecutiva tendrá las facultades que se le deleguen. En la práctica suelen delegarse todas las que puedan ser objeto de delegación, reservándose el Consejo los asuntos de mayor importancia o incidencia económica. Lo mismo ocurre con los consejeros delegados. En el supuesto de que sean varios los consejeros delegados, éstos actuarán de forma solidaria o mancomunada, esto es, requiriendo en este último caso el concurso de más de un consejero para la el ejercicio de sus funciones: representación de la sociedad, toma de acuerdos o ejecución de actos relativos al giro o tráfico de la empresa.

El Consejo de administración también podrá otorgar los apoderamientos concretos que crea oportunos, normalmente referidos al giro o tráfico de la empresa. En este caso los apoderados actúan como meros mandatarios del Consejo, tal como ocurre con la designación de los directores generales o gerentes.

---

<sup>22</sup> Para un análisis más pormenorizado del tema puede consultarse: SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, 1995.

<sup>23</sup> Cfr. IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid 1971, pp. 124 ss.

En cualquier caso, no podrá ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que, en este último caso, fuera expresamente autorizado por ella (art. 141.1, párrafo 2º)<sup>24</sup>.

Los administradores están facultados para impugnar los acuerdos nulos o anulables<sup>25</sup> del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Asimismo podrán impugnar tales acuerdos los accionistas que representen el 5 por 100 del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción. La impugnación se acomodará al juicio declarativo ordinario previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 149, 1. 3º)<sup>26</sup>.

## 4. PROBLEMÁTICA DE LA REPRESENTACIÓN EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

### 4.1. INTRODUCCIÓN

Las sociedades como entes jurídicos no físicos tienen que ejecutar sus decisiones por medio de personas físicas que son el instrumento para lograr la consecución del objeto y los fines de éstas<sup>27</sup>.

La constitución de una sociedad anónima plantea problemas importantes de índole jurídico-económica, lo que determina que el legislador deba adoptar medidas cautelares para proteger el tráfico jurídico, a los propios socios y a terceros.

El primer problema común a todo tipo de sociedades se conecta con el nacimiento de un ente jurídico con personalidad propia que va a actuar en el tráfico jurídico mercantil. Nace una nueva persona jurídica con incidencia en el mercado<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> *Videri* RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «La delegación de facultades del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», en *RDS*, I (1993), pp. 91-114.

<sup>25</sup> No especifica la Ley en este extremo cuáles han de entenderse por acuerdos nulos y anulables, por lo que habrá que estar a lo que éste texto legal establece para los actos de la junta en el art. 115.

<sup>26</sup> Véanse los arts. 115 a 122 de la LSA y 155 a 157 del RRM.

<sup>27</sup> Puede verse MEZA MURILLO, L., *Los actos de administración en las sociedades anónimas y su validez*, San José, 2003, p. 12.



El privilegio de la responsabilidad limitada es la segunda cuestión que ha de tener en cuenta el legislador, por cuanto determina el nacimiento de un riesgo para los terceros que contraten con la sociedad<sup>29</sup>. Esta cuestión se pone todavía más de relieve con la posibilidad limitada de los socios, es la nota tipológica que históricamente ha explicado la prevalencia de la sociedad anónima frente a los demás tipos sociales y que ha tenido una incidencia clave en su expansión<sup>30</sup>. Sin embargo, la incomunicación que se produce entre patrimonio social y patrimonio de los accionistas supone trasladar el riesgo empresarial a los acreedores sociales.

---

<sup>28</sup> Como es sabido, la idea de la persona jurídica estaba reservada tradicionalmente a las realidades sociales que perseguían un fin de interés público. Posteriormente, esta doctrina se aplica al contrato de sociedad. La unión de personas con aportación de bienes para un fin privado, o ánimo de lucro, es considerada persona jurídica, con lo que se cambia la fundamentación teórica de la persona jurídica. Se produce así el nacimiento de un patrimonio (el propio de la sociedad) distinto del de los socios, aislamiento patrimonial que alcanza su máxima expresión en la teoría y práctica de la sociedad anónima, donde los accionistas no responden de las deudas sociales, sino el patrimonio de la sociedad (Cfr. L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 9ª ed., Madrid, 1997, pp. 602). Sobre el problema del nacimiento de la persona jurídica y su responsabilidad limitada puede verse: CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, pp. 64 y ss.; F. DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981, pp. 21 y ss.; J.L. DE LOS MOZOS, "La evolución del concepto de persona jurídica en el Derecho español", en *Derecho civil, método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, pp. 245 ss.

<sup>29</sup> Según MARÍN HITA, L.M., en *La limitación de la responsabilidad del empresario individual. La sociedad unipersonal*, cit., p. 62: "La limitación de responsabilidad de los socios de las sociedades mercantiles hay que explicarla en relación a los conceptos que van unidos: el de personalidad jurídica y el de control o dirección efectiva".

<sup>30</sup> Como puede leerse en R. URÍA/ A. MENÉNDEZ, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 770, "No se trata sólo de que la reducción del riesgo soportado por los socios incentive de forma decisiva la canalización del ahorro de los inversores hacia las actividades empresariales, facilitando así la obtención de capitales por parte de las sociedades. Es que, además, la responsabilidad limitada facilita la plena negociabilidad de las acciones, que pueden circular como bienes fungibles desvinculados de la capacidad patrimonial de sus sucesivos titulares, así como la concentración del poder de gestión de la sociedad en el órgano de administración, en la medida en que la falta de accesibilidad al patrimonio individual de los socios permite a éstos confiar su inversión a una gestión ajena".

Esta “incomunicación” entre la sociedad anónima y los accionistas, esa relación de extrañeza entre el ente personificado y los miembros o sujetos que lo controlan o administran, se manifiesta en que los intereses de la sociedad son ajenos a sus miembros y los intereses particulares de los accionistas son ajenos al ente personificado. Es el llamado “dogma del hermetismo de la persona jurídica”<sup>31</sup>, que, sin embargo, es la clave de su importancia en el ámbito empresarial.

Por tanto, una de las principales características de la Sociedad Anónima es la responsabilidad limitada de los socios. Los accionistas de la sociedad anónima no responderán personalmente de las deudas sociales. Así, el artículo 1º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, explicita: “*En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales*”.

A diferencia de otras formas de compañía mercantil -como son las sociedades colectivas-, en la sociedad anónima no se extiende a los accionistas la responsabilidad personal, universal y patrimonial a que se refiere el artículo 1.911 del Código Civil, cuando dice que “*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”. En la sociedad anónima, de las deudas sociales responderá el propio patrimonio social, y sólo de forma subsidiaria, y en los supuestos establecidos en la ley, responderán los administradores.

La responsabilidad limitada de los accionistas implica un riesgo de inseguridad jurídica al que se podrían ver sometidos los terceros que se relacionasen con la sociedad anónima, o los propios socios que han invertido parte de su patrimonio en la sociedad, de no establecerse un mecanismo legal que posibilite hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de los administradores. Se trata de poner un límite a las facultades discrecionales de los administradores en el ejercicio de sus funciones de gestión de la sociedad, y ese límite lo determina su comportamiento diligente<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 32 y 33.

<sup>32</sup> Como han señalado E. GALÁN CORONA y J.A. GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 11, “la responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital es uno de los aspectos del Derecho de Sociedades que mayor protagonismo ha cobrado en los últimos tiempos... asistiendo en la actualidad a una eclosión de procedimientos judiciales en los que se busca requerir la oportuna indemnización a los administradores de la sociedad”.

## 4.2. LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Como hemos puesto de relieve con anterioridad, la creación de una sociedad anónima —donde la responsabilidad de los accionistas se limita a la aportación que se hayan obligado a efectuar—, puede dar lugar a la utilización abusiva del derecho, esto es, a utilizar la persona jurídica creada para entablar relaciones económicas y jurídicas fraudulentas, amparándose en la responsabilidad limitada de los socios<sup>33</sup>, persiguiendo un fin contrario al interés social, y obteniendo así un enriquecimiento injusto las personas que de esta forma utilizan a la sociedad anónima.

Estaríamos entonces ante el supuesto de fraude de ley, esto es, la realización de una acción al amparo de una norma jurídica para conseguir otro efecto distinto del perseguido por dicha norma y no permitido por el ordenamiento jurídico. La doctrina científica, primero, y después la jurisprudencia que la ha seguido, ha reaccionado contra estas conductas. En estos supuestos podrá exigirse responsabilidad directa frente a terceros de aquellos que hayan actuado en el tráfico en nombre de la sociedad. Será el supuesto denominado por la doctrina de «desvelo o penetración de la personalidad jurídica»<sup>34</sup>

Según esta doctrina, se puede prescindir de la radical separación que existe entre la sociedad y los accionistas, derivando hacia éstos las deudas sociales, cuando la sociedad se está utilizando de manera abusiva, para perseguir un fin prohibido por la ley.

La teoría del levantamiento del velo procede de la jurisprudencia norteamericana, en concreto de la doctrina del *disregard of the legal entity* o *lifting the veil*, en virtud de la cual los jueces pueden prescindir de la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas que se amparan bajo su cobertura. El fundamento de su aplicación parte de los principios y procedimientos de la equidad, el fraude y la doctrina de la *agency*. La equidad constituye un régimen de carácter supletorio, de integración del *common law*, que supone la intervención de un Tribunal cuando exista un daño irreparable

---

<sup>33</sup> El abuso de la persona jurídica y el desarrollo en el mundo económico moderno, puede verse en la obra de BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 32 ss.

<sup>34</sup> ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Acción individual de responsabilidad frente a los administradores». *Derecho de Sociedades*, núm. 1, Ed. Aranzadi, Madrid, 1993, pp. 166-175.



aplicando los principios del derecho común<sup>35</sup>. Su integración jurídica, salvando las distancias, guarda cierta relación con la doctrina del enriquecimiento injusto contemplado en nuestro Derecho. En la teoría del fraude, de alcance diferente al que impera en Derecho español, comprendería institutos tales como el fraude, la simulación y el dolo. Finalmente, la doctrina de la *agency* tiene también su importancia en la formulación del *disregard*. El concepto de *agency* es más amplio que en su institución homóloga española, habida cuenta que abarca a todo acto de gestión, mandato o servicio, así como las que se derivan de relaciones con testafierros, permitiendo actuar contra la persona que permanece oculta en una relación negocial<sup>36</sup>.

En España esta doctrina del levantamiento del velo tiene su primer exponente en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2800).<sup>37</sup> Hay que tener en cuenta que nuestro Tribunal Supremo, en un principio, no sostuvo la doctrina del levantamiento de velo, sino lo que se denominó “doctrina de terceros”<sup>38</sup>, que tiene sus iniciales fundamentos en el designio de impedir todo

---

<sup>35</sup> Puede consultarse BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, cit., pp. 89 ss.

<sup>36</sup> Sobre antecedentes históricos, puede verse DOBSON, J.M., *El abuso de la personalidad jurídica (En el Derecho privado)*, 2º ed., Buenos Aires, 1991, pp. 121 ss.

<sup>37</sup> “...la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3.) se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal... se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como fraude de ley”. En el mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de mayo de 1997: “...por derivación de la moderna doctrina del levantamiento del velo, en la que se trata de evitar que un reducido grupo de personas, por la creación de un entramado de personas jurídicas, puedan conseguir el eludir su responsabilidad personal, al hacer imposible desentrañar los pormenores de las personas intervinientes, o sencillamente hacer imposible cualquier reclamación por la mutabilidad de su personalidad, o la complejidad de intervinientes, ... haciendo derivar el fracaso de sus negocios a terceras personas que han tenido la desgracia de contratar con estas entidades” y Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991: “cabe aplicar...la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, acogida por esta Sala en abundantes Sentencias (SS. de 28 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, 29 de abril y 13 de mayo de 1988, entre otras), que proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos.”

<sup>38</sup> Sobre el particular puede consultarse DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del “Levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 3ª ed., Madrid 1995, pp. 90 ss.

fraude de ley por actuación de persona jurídica interpuesta adoptando la forma de sociedad. Esta concepción nada tenía que ver con la *Missachtung der Rechtsform der juristische Person*, del Derecho alemán, o la *desregard of the legal entity o lifting the veil*, del Derecho anglosajón, pero se equiparaba en los resultados. La teoría del “tercero” se basaba en conceder tal categoría a la sociedad y al socio, revelándose la identidad de intereses entre los socios y la sociedad, con lo que se intenta impedir toda actuación en fraude de ley<sup>39</sup>.

La doctrina del levantamiento del velo ha sido aplicada por nuestra jurisprudencia en numerosos casos, habiendo dado lugar a una doctrina consolidada. Baste recordar algunos supuestos, como el levantamiento de velo en sociedad unipersonal, al no admitir la unipersonalidad tanto en sociedad privada (STS de 27 de noviembre de 1985, R.Az. 5904), como pública (STS de 31 de diciembre de 1993, R.Az. 9926); o en situaciones de sociedades no unipersonales (SS. TS. de 11 noviembre de 1995, R.Az. 8118, 21 julio de 1995, R.Az. 5729, etc.).

Mas hemos de tener en cuenta que el Tribunal Supremo, a lo largo de reiteradas sentencias, ha venido aplicando una serie de instituciones y principios jurídicos que sirven de fundamento para la aplicación de esta técnica. Estos principios, entre los que encontramos el conflicto en seguridad jurídica y justicia, la equidad, la buena fe, el fraude de ley y el abuso del derecho, se aplican en bloque sin especificar las consideraciones propias de cada caso, habida cuenta que no todos los principios e instituciones aplicados producen los mismos efectos, ni son aplicables a los mismos supuestos<sup>40</sup>. Por todo ello, y para evitar esta utilización fraudulenta del derecho de sociedades, se hace necesaria, como ya hemos apuntado, la regulación legal del instituto de la responsabilidad, que se hará efectiva en los patrimonios personales de los administradores de la sociedad anónima<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Se viene considerando como precedente de la teoría del levantamiento del velo la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1952, R.Az. 473, siendo ponente don Juan de Hinojosa Ferrer. En esta sentencia se declara subsistente un contrato de arrendamiento de local entre los primitivos arrendadores y el arrendatario, después de que los arrendadores constituyeran una sociedad colectiva, cambiando la personalidad de la arrendadora.

<sup>40</sup> Puede verse C. BOLDÓ RODA, *op. cit.*, p. 493.

<sup>41</sup> Hay que tener en cuenta que, aunque la doctrina del levantamiento del velo es un instituto apto para evitar abusos, sin embargo, desde el punto de vista de su concepción doctrinal puede plantear algunos problemas. De ahí que la doctrina se halle dividida entre los que mantienen la necesidad de reformular el concepto de persona jurídica y los que son partidarios de mantener la doctrina del levantamiento del velo, aunque sea como medida excepcional. Sobre este particular puede verse la síntesis elaborada por C. BOLDÓ RODA, en *op. cit.*, pp. 290-312.



## 5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

### 5.1. INTRODUCCIÓN

Los administradores son el órgano de gestión y representación de la sociedad. Es a través de este órgano -que puede ser unipersonal o pluripersonal- como la sociedad anónima se relaciona con terceros y realiza su gestión y actividad cotidiana; son los administradores quienes, a través de sus funciones, actuando en nombre, por cuenta y en interés de la sociedad, realizan las actividades tendentes a la consecución del objeto social. Su función más importante es la de ejecutar los acuerdos adoptados en la Junta General.

La sociedad anónima, es una sociedad de *organicismo de terceros*, esto es, una sociedad donde sus componentes, los socios, se desentienden de la gestión social y la encomiendan a unos órganos establecidos legal y estatutariamente: los administradores.

Este poder de gestión y administración sobre la sociedad es el que va a determinar, en parte, el devenir de la sociedad. Por ello, la conducta activa u omisiva de los administradores, necesariamente va a repercutir en los accionistas, en la propia sociedad y en los terceros que se relacionen con ésta, de ahí que la ley prevea aquellos supuestos en que puede surgir la responsabilidad de los administradores sociales<sup>42</sup>. Por tanto, los administradores, que disfrutan de amplias competencias y facultades, quedan sometidos al propio tiempo a un peculiar régimen de responsabilidad, dirigido esencialmente al resarcimiento de los daños patrimoniales que su actuación incorrecta o negligente pueda ocasionar a la sociedad o, en su caso, a determinados socios o terceros<sup>43</sup>.

De esta forma, el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, establece que «los administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los

---

<sup>42</sup> Sobre el particular puede verse: J.M. GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3º ed. Madrid, 1996; J.M. NEILA NEILA, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal y administrativa)*. Doctrina, jurisprudencia, formularios, Madrid, 1995; RODRÍGUEZ RUÍZ DE LA VILLA, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Pamplona, 1995.

<sup>43</sup> R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 912.



*acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deban desempeñar el cargo.»* Los artículos 134 y 135 del mismo texto legal regulan, respectivamente, la acción social y la acción individual de responsabilidad; y, por último, el artículo 262.5 establece el régimen de responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus obligaciones en los supuestos en que concurra causa de disolución.

Este régimen legal de acciones para exigir responsabilidad a los administradores cumple dos funciones: una función preventiva, dado que influye en la conducta de los administradores «induciéndoles a cumplir los deberes que asumen al aceptar el cargo»<sup>44</sup>; y otra función indemnizatoria, dado que su finalidad es que se indemnicen los daños causados por los administradores.

## 5.2. ACCIÓN SOCIAL Y ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

### 5.2.1. Caracterización

La acción social y la acción individual de responsabilidad, previstas como distintos tipos de acciones en la Ley de Sociedades Anónimas, en sus artículos 134 y 135, respectivamente, tienen en común dos aspectos: 1º) Su carácter orgánico, puesto que la responsabilidad de los administradores surge como consecuencia del incumplimiento del deber de diligencia que les es exigible, en el ejercicio de las actividades que tienen atribuidas legal y estatutariamente, en cuanto órganos de la sociedad; 2º) Los presupuestos necesarios para que se derive la responsabilidad: daño, culpa y relación de causalidad entre el daño y la actividad culposa de los administradores<sup>45</sup>. Para que pueda prosperar la acción de responsabilidad frente a los administradores por el incumplimiento de sus obligaciones será necesario que resulte probado por el accionante no sólo el daño y la culpa, sino también la relación de causalidad entre el daño causado y la negligencia imputable a los administradores.

El principal elemento diferenciador reside en el fin perseguido con cada una de las acciones; así, mientras que la acción individual pretende la reintegración

---

<sup>44</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O., «El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y Jurisprudencia», *Revista de Sociedades*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1996.

<sup>45</sup> ALCALÁ DÍAZ, M.A., *op. cit.*, *loc. cit.*

del patrimonio individual de la persona que sufre el daño, en la acción social se busca la reintegración del patrimonio social lesionado. Por tanto, un primer factor diferencial entre las dos acciones es el patrimonio en el que se ha producido el daño<sup>46</sup> como consecuencia del comportamiento negligente del administrador: en la acción social, el patrimonio dañado es el de la propia sociedad, y en la acción individual lo será el patrimonio de los socios o de terceros.

### 5.2.2. *Naturaleza jurídica de la acción de responsabilidad*

El administrador es un órgano de la sociedad anónima; un órgano al que se atribuyen, legal y estatutariamente una serie de competencias. Del incumplimiento de estas competencias que tiene atribuidas en cuanto órgano social, o de su cumplimiento negligente es de donde puede derivarse su responsabilidad. Por ello, la doctrina califica dicha responsabilidad, así como la acción a través de cuyo ejercicio se puede hacer efectiva, como de naturaleza *orgánica*.

Esta naturaleza orgánica o societaria de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima no impide que se dirija la acción no contra el órgano en sí, sino contra los miembros del mismo, esto es, contra las personas nombradas administradores, ya que son estas personas las que han asumido las obligaciones que les atribuyen la ley y los estatutos.

También cabe atribuir carácter de responsabilidad *extracontractual* a la responsabilidad de los administradores cuando es un tercero el que ejercita la acción. Por ello será de aplicación todo lo establecido en el artículo 1.902 sobre la responsabilidad extracontractual o culpa aquiliana, siendo el plazo para el ejercicio de la acción de un año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.968.2 del Código Civil. Este es el criterio que ha seguido el tribunal Supremo (v. gr. Sentencia de 21 de mayo del 1992, R.Az. 1992, 4274)<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Esto es, la principal diferencia radica en uno de los “presupuestos” necesarios para el ejercicio de cualquiera de las acciones: el daño, o concretamente, el patrimonio donde se ha producido el daño.

<sup>47</sup> En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de diciembre de 1996 se expone: «no cabe duda, de que no existiendo vínculo contractual alguno entre la actora y los ahora apelantes, a la acción de responsabilidad ejercitada le es aplicable el artículo 1902 del Código Civil y, por ende, el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2º del mismo texto, por remisión del artículo 943 del Código de Comercio ...» La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 1997 refleja lo siguiente: «...se ejercita también una acción individual que legitima tanto a los socios como a los terceros para reclamar por actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses, y en razón de ello al no existir vínculo contractual entre las partes sino el genérico contenido en el principio *naeminem laedere* que alcanza también a las personas

### 5.2.3. Presupuestos de la acción de responsabilidad

1º) *Infracción de un deber de diligencia: Conducta negligente.* La responsabilidad de los administradores nace, en primer lugar, en relación con los daños causados “por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos” (art. 133.1 primer inciso). Pero, además, la responsabilidad de los mismos surge de los actos que sean “realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo” (art. 133.1, segundo inciso)<sup>48</sup>. Por su parte, el artículo 127.1 establece que “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante leal”. Estos dos preceptos mencionados anteriormente se conectan, por tanto, para determinar la exigencia de responsabilidad. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad al Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en la actualidad el artículo 133 de dicho texto legal no exige un grado determinado de culpa para incurrir en responsabilidad. La doctrina seguida es la de exigir responsabilidad cuando los administradores hayan realizado su conducta infractora por dolo o negligencia. Los administradores podrán quedar exonerados de responsabilidad si demuestran que no actuaron con negligencia, por ejemplo, demostrando que concurrió fuerza mayor que impidió el debido cumplimiento.<sup>49</sup>

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 20 de diciembre de 1995, al referirse a la diligencia que le es exigible al administrador en el ejercicio de sus funciones dice que *«debe estar más allá de la de un buen padre*

---

*físicas de los administradores en su aspecto individual y en su condición de órganos (no mandatarios) del ente social, le es aplicable el artículo 1902 del Código Civil y por ello el plazo de prescripción es el del año del artículo 1968.2 del mismo código, por remisión del artículo 943 del Código de Comercio, sin que sea de aplicación el de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio, que según dice la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada (21 mayo 1992) es aplicable a las otras responsabilidades derivadas de la gestión social o de la representación.»*

<sup>48</sup> Para un estudio más concreto de esta responsabilidad puede verse NEILA NEILA, J.M., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal y administrativo), Doctrina, jurisprudencia, formularios*, Madrid, 1995, pp. 123 ss.

<sup>49</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4274), donde se declara la responsabilidad de los administradores se refleja: *«los administradores no han desempeñado su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y no han amparado los derechos de terceros acreedores»*, porque *«se limitaron a cerrar la fábrica o taller, sin aviso a los acreedores, distrayendo el patrimonio de su finalidad legal, o sea la realización del activo social para el pago a los acreedores»*.



*de familia al tener ésta un carácter conservativo del patrimonio familiar exigiendo sólo prudencia en el actuar pero no en la información, decisión y riesgo...».*

2º) *Existencia de un daño.* Sin daño no puede ejercitarse la acción de responsabilidad, ya que ésta siempre tiene como finalidad la restitución de un patrimonio, que será el social, en el caso de la acción social, y el de un particular (un socio o un tercero), en el supuesto de la acción individual.

La existencia del daño debe ser probada por quien ejercita la acción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil<sup>50</sup>.

3º) *Relación de causalidad entre la conducta culpable o negligente y el daño.* De las diversas teorías sobre la causa, la de la causalidad adecuada es la más acogida. De no demostrarse la existencia de este nexo causal entre la inobservancia de la diligencia debida por los administradores, y el daño efectivamente causado, los administradores quedarán exonerados de toda responsabilidad.

#### 5.2.4. *Ámbito objetivo de la responsabilidad*

Siempre que se den los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción de responsabilidad, y que se demuestre por el accionante la conducta negligente, el daño y la relación de causalidad entre una y otro, surgirá entre los administradores demandados (y de forma solidaria) la obligación de indemnizar. Esta indemnización irá dirigida a reintegrar, bien el patrimonio social (si se ha ejercitado la acción social), bien el patrimonio individual de accionistas o terceros (si se ejercitó la acción individual)<sup>51</sup>.

La indemnización comprenderá tanto el *damnus emergens* como el *lucrum cessans*, esto es la disminución patrimonial, y el beneficio dejado de obtener en el patrimonio social o individual<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de julio de 1995: «*Las infracciones legales en las que haya podido incurrir el administrador codemandado no se acredita que motive en la entidad actora el daño económico alegado por incumplimiento contractual, y tal relación de causalidad ha de ser constatada por quien demanda el cumplimiento de la obligación y resarcimiento, sin que la posible conducta negligente del administrador, aún si fuere constatada, sea suficiente para legitimar la reclamación del daño, como predica la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ...*»

<sup>51</sup> Cfr. HUERTA VIESCA, M.I./RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.

<sup>52</sup> La importancia de la indemnización por los administradores tiene más relevancia en los supuestos de empresas insolventes. Para un estudio más detallado de la cuestión, consúltese MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Barcelona, 2004, en especial, pp. 45 ss.

Algunos autores señalan que, además, es admisible imponer a los administradores infractores otra sanción civil: la obligación de restituir los beneficios obtenidos por ellos al infringir el referido deber, para lo que señalan que será de aplicación analógica lo dispuesto en los artículos 1.683 del Código Civil y 136 del Código de Comercio, respecto al socio industrial, o apuntan a la doctrina del enriquecimiento injusto, o por último, al artículo 1.720 del Código Civil, que dispone que el mandatario deberá abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato «*aun cuando lo recibido no se debiera al mandante*»<sup>53</sup>. Sin embargo, estimamos que no es acertada esta última opinión dado que el administrador no es un simple mandatario “*sino que constituye un órgano social con facultades y competencias exclusivas (a diferencia de lo que significaba el derogado art. 156 del CCO, que los concebía como meros mandatarios amovibles)*”.<sup>54</sup>

#### 5.2.5. *Acción social de responsabilidad*

Regula esta acción la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 134.

Están legitimados para ejercitar esta acción: la sociedad, los accionistas y los terceros, y, en todos los supuestos la finalidad es la misma: obtener una indemnización por los daños causados a la sociedad, e ingresar la cantidad obtenida en el patrimonio social.

##### A) *Ejercicio de la acción por la sociedad*

Hay que significar que la propia sociedad es la primera legitimada para el ejercicio de esta acción<sup>55</sup>. Será la Junta General la que decidirá, de conformidad con el principio mayoritario, sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Así, dispone el artículo 134.1: «*La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el artículo 93 para la adopción de este acuerdo.*»<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>54</sup> VEGA VEGA, J.A.: «*La Sociedad Anónima: Teoría y Praxis*». Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 90-91.

<sup>55</sup> Puede verse SÁNCHEZ CALERO, F., *Régimen de los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2005, pp. 45 ss. donde se centra la atención en lo relativo a las sociedades anónimas, cuya disciplina básica resulta básica para todas las sociedades de capitales.

## B) Ejercicio de la acción por los accionistas

Puede suceder que los administradores actúen de conformidad con la opinión mayoritaria de los socios de la Junta General; si ello es así, es harto improbable el ejercicio de la acción social por la propia sociedad, esto es, por voluntad mayoritaria de los socios con cuya connivencia actuaron los administradores. Para evitar la posible indefensión -que pudiera producirse en estos supuestos- del resto de los socios, y por ende, de las minorías, se legitima también para el ejercicio de esta acción a los socios en los siguientes casos:

1º. Cuando los administradores no convoquen la Junta General, solicitada por socios que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social, siempre que dicha Junta haya sido solicitada para deliberar y decidir sobre el ejercicio de la acción social.

2º. Cuando, a pesar de que la Junta General haya decidido ejercitar la acción de responsabilidad, ha transcurrido un mes sin que se haya ejercitado.

3º. Cuando el acuerdo adoptado en la Junta General sea contrario al ejercicio de la acción social.

En todos estos casos es requisito indispensable que el accionista o los accionistas que ejerciten la acción sean titulares de, al menos, el 5 por 100 del capital social<sup>56</sup>.

Por consiguiente, la legitimación de los socios es subsidiaria respecto a la legitimación de la propia sociedad; esto es, sólo estarán legitimados para ejercitar la acción social de responsabilidad en los supuestos en que la propia sociedad no ejercite esta acción.

También se concede a los socios minoritarios el poder de obligar a la sociedad a ejercitar la acción de responsabilidad. Así establece el artículo 134.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que *«En cualquier momento la Junta General podrá transigir*

---

<sup>56</sup> El artículo 93 de la Ley de Sociedades Anónimas establece el principio mayoritario, entendiéndolo como mayoría de capital. Todos los socios, incluso *«los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General»*. El artículo 102 establece los requisitos que debe reunir la Junta para quedar validamente constituida.

<sup>57</sup> Establece el artículo 100.2 de la LSA que *«deberán -(los administradores), asimismo, convocarla cuando lo soliciten socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la junta. En este caso, la junta deberá ser convocada para celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla.»*.



*o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados».* En este supuesto, el legislador «deroga el principio mayoritario»<sup>58</sup>. Así, el acuerdo de la Junta está sometido a una condición: la ausencia de oposición del cinco por ciento del capital social.

En los supuestos de ejercicio del derecho de veto contemplado en el artículo 134.2, la sociedad está obligada a ejercitar la acción social de responsabilidad, cuyo incumplimiento habilita a los socios minoritarios para actuar subsidiariamente.

Para el ejercicio de la acción social por los socios deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Que no haya habido transacción o renuncia por parte de la sociedad, puesto que, en este caso, lo que surgiría sería la posibilidad de vetar tal resolución y obligar a la sociedad a ejercitar la acción; y, en caso de incumplimiento de esta obligación, subsidiariamente, podrían ejercitarla los socios minoritarios.

b) Que la Junta General resuelva negativamente sobre el ejercicio de la acción, o que, aun resolviendo positivamente, no se ejercite de hecho, o, por último que no se convoque la Junta; no es necesario que se haya convocado o celebrado la Junta, basta la conducta pasiva u omisiva de los administradores de no convocar la Junta General solicitada al efecto, para que los socios puedan acudir directamente al juez ejercitando esta acción.

### *C) Ejercicio de la acción por los acreedores*

Si decíamos que los socios estaban legitimados subsidiariamente para el ejercicio de la acción social, en cuanto pueden ejercitarla sólo cuando la sociedad no la haya ejercitado, la legitimación de los acreedores deberíamos calificarla de subsidiaria en segundo grado, dado que sólo podrán ejercitar la acción social los acreedores de la sociedad cuando ni ésta ni sus socios la hayan ejercitado<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> JUSTE MENCÍA, J.: «Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima», en *Revista de Sociedades*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1995.

<sup>59</sup> Sin embargo, esta acción presenta un gran inconveniente: el acreedor que la ejercite cargará con todos los costes, mientras que la indemnización, sin embargo, repercutirá en el total de los acreedores, ya que la indemnización se incorpora al patrimonio social. Por ello suele ser una solución más ventajosa para los acreedores solicitar la declaración de concurso.

Son requisitos para el ejercicio de la acción social por los acreedores:

1º. Que la acción social no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas.

2º. Que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de los acreedores<sup>60</sup>.

#### 5.2.6. *Acción individual de responsabilidad*

Establece el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas que «*no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.*»

Esta acción puede ejercitarse por los accionistas o por terceros, y es denominada por la doctrina como *contractual* cuando es ejercitada por los propios accionistas, y como *extracontractual* cuando es ejercitada por terceros.

#### 5.2.7. *Ejercicio de la acción por los accionistas.*

Presupuesto para el ejercicio de esta acción es el incumplimiento, por parte de los administradores, de una obligación impuesta por la propia Ley de Sociedades Anónimas o los Estatutos, que proteja los intereses de los socios.

Otro presupuesto para su ejercicio es que la conducta infractora de los administradores haya lesionado directamente los intereses de los accionistas.

#### 5.2.8. *Ejercicio de la acción por terceros.*

En este caso el presupuesto para el ejercicio de la acción será la infracción de una obligación impuesta a los administradores por la propia Ley de Sociedades Anónimas o los Estatutos, en interés de terceros, y que el daño producido como consecuencia de dicha infracción se produzca en el patrimonio de terceros<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Puede verse MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Madrid, 2004, que estudia las reformas en la SLNE y la Ley Concursal.

<sup>61</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 1997: «*Por lo que atañe a la acción de responsabilidad deducida bajo lo preceptuado en los artículos 133 y 135, cuya finalidad no es la reintegración patrimonial de la sociedad, que no es la lesionada, sino el resarcimiento de los daños directos que el tercero, en este caso, pueda sufrir como consecuencia del incumplimiento culposo en*

### 5.2.9. Causas de exoneración

A pesar de que la responsabilidad de los administradores es solidaria, en el supuesto de que concurran todos los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad a que nos venimos refiriendo (conducta negligente, daño y relación de causalidad), quedarán exonerados de toda responsabilidad los administradores que *«prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél»*, tal y como establece el artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>62</sup>.

Sin embargo, no les exonerará de responsabilidad el hecho de que *«el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General»*.<sup>63</sup>

## 6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR NO PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN

La vigente LSA en su artículo 262.5 dispone que *«responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde*

---

*el ejercicio del deber de diligencia que la ley impone a los administradores, para que resulte viable es menester que el demandante demuestre: a) la realidad del daño y su exacta cuantía; b) la concurrencia de conductas maliciosas de abuso de facultades o gravemente negligentes, y c) la existencia de una culpa manifiesta -sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991, 26 de febrero de 1993, 26 de julio de 1994, y 24 de septiembre de 1996, entre otras muchas-.*»

<sup>62</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D./ HUERTA BISECA, M.I.: *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las Sociedades de Capital*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

<sup>63</sup> *«Y no concurre esa base fáctica en razón a que los contratos celebrados a nombre de la sociedad, no comprendidos en el objeto social, fueron ratificados por la Junta de socios el 26 de mayo de 1993. Ello aparte de que la sociedad, por actos concluyentes ... ha asumido como propios referidos contratos, ratificándolos tácitamente. Habiendo dicho reiteradamente la Jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de fecha 19 de septiembre de 1987 y 11 de octubre de 1990 entre otras) con base en los artículos 1.269 y 1.727 del Código Civil, que el negocio concluido a nombre del representado, con extralimitación de poderes, puede ser ratificado; ratificación que purifica el negocio y lo hace válido desde su origen.»* Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 26 de julio de 1.995.



*la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución».*<sup>64</sup>

Esta ampliación del ámbito de responsabilidad es una novedad plausible del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>65</sup>. Con esta acción se intenta dar solución a la situación de las sociedades anónimas disueltas de hecho pero que aún perviven en el tráfico jurídico, generando con su existencia una notable inseguridad y peligro tanto para los socios como para los acreedores que con ella se relacionan<sup>66</sup>; se pretende que estas sociedades en que concurren las causas de disolución previstas en los números 3º, 4º, 5º y 7º del artículo 260.1, sean disueltas inmediatamente, si no pudiera removerse la causa que provoca dicha situación<sup>67</sup>.

No es un presupuesto indispensable, para el ejercicio de esta acción, la existencia de daño. Es una sanción por el incumplimiento de una obligación social. No se trata de reparar el daño efectivamente producido, sino también de ofrecer a los acreedores una garantía de satisfacción de las obligaciones sociales<sup>68</sup>. La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 28 de noviembre 1996, le otorga una naturaleza distinta de la acción del artículo 133 y siguientes: *“Así, en primer lugar, mientras que el artículo 134.5 supone el nacimiento de una acción derivada de un incumplimiento de un deber de diligencia, de una causación de un daño y de una causalidad, entre una y otra, la del artículo 262.5 no es tanto el nacimiento de una acción*

---

<sup>64</sup> Señala la Audiencia provincial de Burgos (SAP 24 julio 1995), que *«constituye una novedad en el ordenamiento jurídico mercantil español, que introduce un supuesto de responsabilidad de los administradores de la sociedad de capital (...) cuyo origen remoto está en el artículo 17 de la Segunda Directiva de la Unión Europea»*.

<sup>65</sup> Puede verse BERCOVITZ, A., “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital”, en *La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital* (Coord. E. Galán Corona/J.A. García-Cruces), cit., pp. 18-19.

<sup>66</sup> ÁVILA DE LA TORRE, A.: «La responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución de la sociedad anónima: notas sobre el debate jurisprudencial», en *Revista General del Derecho*, núm. 636, Madrid, 1997, pp. 10379-10403.

<sup>67</sup> Sobre el alcance y finalidad de esta normativa puede verse GARCÍA-CRUCES, J.A., “La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: Consideraciones en torno al debate jurisprudencial”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, cit., pp. 48-53.

<sup>68</sup> Sobre el particular puede verse RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D./HUERTA BISECA, M., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital por no disolución y no adaptación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 23 ss.

*como la extensión de los efectos de una acción preexistente a los administradores. ...lo que se establece es una sanción a los administradores por no convocar la junta de disolución en dos meses o que, ante el rechazo de ésta, no instan la disolución judicial, en los supuestos de los núm. 3, 4,5 y 7, consistiendo dicha sanción en que deben responder, en general, y solidariamente con la sociedad, de las obligaciones sociales que ésta tenía”<sup>69</sup>.*

La responsabilidad derivada de lo dispuesto en el artículo 262.5 es objetiva, se produce por incurrir en negligencia, y sólo podrán exonerarse los administradores probando que han actuado con la diligencia debida.

En cuanto al ámbito objetivo, la responsabilidad de los administradores se extenderá a todas las obligaciones sociales, tanto las que nacieron antes como las que nacieron después de que concurriese la causa de disolución.

## **7. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR FALTA DE ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS A LA NUEVA LEGISLACIÓN**

La exigencia de responsabilidad de los administradores por falta de adaptación de los estatutos sociales a la nueva legislación se encuentra en la Ley 19/1989, Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas comunitarias en materia de Derecho de Sociedades. La Disposición Transitoria 3<sup>a</sup> de esta Ley establecía la necesidad de que los estatutos se adaptasen a lo dispuesto en la nueva Ley, para lo cual imponía dos medidas conminatorias. De una parte una sanción pecuniaria, previa la incoación de un expediente por el Ministerio de Justicia, y la segunda, la imposición a los administradores de responsabilidad personal y solidaria, entre sí y con la sociedad, por las deudas sociales. Este

---

<sup>69</sup> ESTEBAN VELASCO, G., «*Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución*», en *Revista de Sociedades*, Ed. Aranzadi. Madrid, 1993. «*Es responsabilidad por obligaciones sociales como sanción específica ante incumplimiento específico y no por daño. Con ello se configura un supuesto especial de responsabilidad-sanción en garantía de deuda ajena, que se traduce en la posibilidad de exigir coactivamente sobre los bienes del infractor el cumplimiento de determinadas prestaciones económicas, pero no existe responsabilidad indemnizatoria ordinaria en la medida que la cuantía de esas pretensiones no se hace depender en sentido propio del daño causado ni de los criterios propios de la responsabilidad con función reparadora del perjuicio.*» Se trata, por tanto, de una responsabilidad-sanción por incumplimiento de un deber, lo que supone la ampliación de garantías para terceros del cumplimiento de las obligaciones sociales que incumben a los administradores. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de febrero de 1993, la califica como «*sanción por el incumplimiento de una obligación legal*».



precepto se recoge en la Disposición Transitoria 3ª del R.D. Legislativo de 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el T.R. de la Ley de Sociedades Anónimas que literalmente establece: “*Transcurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adaptado o inscrito las medidas en ellos previstas, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales*”. Los plazos a que se refieren los apartados anteriores son el 30 de junio de 1992.

La responsabilidad de los administradores en estos supuestos nace por el hecho de haber llegado el 30 de junio de 1992 sin haber adoptado e inscrito las medidas previstas en los apartados 1 y 2 de la misma D.T. Esto es, sin haber procedido a la adaptación de los estatutos al Texto Refundido de la LSA de 1989 o, en caso de capital inferior a 10.000.000 de pesetas, sin haberlo elevado hasta esa cifra o transformado la sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada<sup>70</sup>.

La responsabilidad en este caso afectará a todas las deudas, tanto las que se refieran a periodos anteriores, como a etapas posteriores, a la fecha de 30 de junio de 1992. La extinción de la responsabilidad prescribirá a los cuatro años contados desde su cese (art. 949 CCO)<sup>71</sup>.

Hay que tener en cuenta que, en el supuesto de que no se adapte la sociedad en lo atinente al capital social antes del 31 de diciembre de 1995, la misma quedará disuelta a tenor de la Disposición Transitoria 6ª.2. No obstante tal cancelación subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de los administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad<sup>72</sup>.

Entre los problemas que suscita este precepto, encontramos el relativo al cese de tal responsabilidad por los administradores, ya que la haberse cerrado la actividad registral de la sociedad, supone que deba acudir a una publicidad extrarregistral para poder computar dicho plazo a efectos de prescripción<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Cfr. GALÁN CORONA, E., “La responsabilidad de los administradores por la falta de adaptación de los estatutos a la nueva legislación”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, cit., pp. 32-33.

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D./HUERTA BISECA, M., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital por no disolución y no adaptación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 23 ss.

<sup>72</sup> Puede verse al respecto: LÁZARO SÁNCHEZ, E., “Disolución de pleno derecho y cancelación registral de los asientos correspondientes a las sociedades anónimas incursas en el supuesto de hecho de la Disposición Transitoria 6.2ª LSA, en *RDS*, 7 (1996), pp. 98 ss.



## 8. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SA EN SITUACIÓN DE CONCURSO

En supuesto de crisis económica de una sociedad anónima la declaración de concurso provoca, sin perjuicio de los efectos generales referidos en la Ley Concursal<sup>74</sup>, una serie de efectos sobre su organización y sobre su actividad.

Es palmario que la declaración de concurso no modifica la estructura orgánica de la compañía. Únicamente la apertura de la fase de liquidación provoca la disolución de la sociedad y el cese de sus administradores o liquidadores, aunque el funcionamiento de éstos queda, necesariamente alterado con mayor o menor intensidad.

Para el supuesto que la sociedad concursada tuviera sus facultades patrimoniales suspendidas, la administración concursal sustituye a los órganos sociales en los actos de administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones integrados en el concurso; en caso de intervención de aquellas facultades es precisa la autorización de la administración concursal de estos actos que habrán sido decididos o acordados por los órganos de la persona jurídica.

También los administradores concursales, de conformidad con las reglas que rigen el concurso y para una óptima aplicación, tienen derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada (cfr. art. 48.1 de la Ley Concursal, en adelante LC).

Del mismo modo la legitimación para el ejercicio de acciones de la sociedad anónima responsabilidad contra sus administradores, auditores o liquidadores<sup>75</sup> se amplía también para los administradores concursales, y ello sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios; además, el conocimiento de los procesos iniciados en base a tales acciones corresponde al juez del concurso (art. 48.2 LC).

---

<sup>73</sup> Cfr. GALÁN CORONA, E., *op. ult. cit.*, p. 39.

<sup>74</sup> Puede verse GÓMEZ MARTÍN, *Ley concursal e insolvencia punibles*, Madrid, 2004; GURREA CHALE, *La administración concursal*, Madrid, 2004; MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Madrid, 2004; SANJUÁN MUÑOZ, E., *Funciones de la Administración concursal*, Dijusa, Madrid, 2004.

<sup>75</sup> Que, como sabemos, suele corresponder a la sociedad previo acuerdo de la junta o asamblea de socios, en su defecto, a los socios y, en defecto de ambos, a los acreedores (cfr., por ejemplo los arts. 134 y 211 LSA y 69 y 84 LSRL).

En cualquier caso, algunas acciones sociales habrán de ser ejercitadas por la administración concursal durante la tramitación del concurso. Así:

a) La reclamación del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas (dividendos pasivos), corresponde exclusivamente a la administración concursal, que la planteará en el momento y por la cuantía que estime conveniente cualquiera que sea el plazo fijado en la escritura o en los estatutos (art. 48.4 LC).

b) También compete en exclusiva a la administración concursal la reclamación de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48.4 LC).

c) Asimismo compete a la administración concursal el ejercicio de las acciones contra los que sean responsables subsidiarios de las deudas de la persona jurídica concursada anteriores a la declaración de concurso. Hay que advertir que si la administración concursal no ejercitara esta acción en el plazo de dos meses desde que hubiera sido instada a ello por escrito los acreedores, quedan éstos legitimados para ejercitar la acción, lo que no podrían hacer hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio concursal (arts. 48.5, párrafo. 1º y 54.4 LC).

Hemos de traer a colación la posibilidad de decretar embargos por el Juez, ya que el juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, podrá ordenar, por la cuantía que estime suficiente, el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada y de los de quienes hubieran tenido esta condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso, siempre que exista la posibilidad fundada de que el concurso sea calificado como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito (art. 48.3 LCn).

En los mismos términos podrá el juez ordenar el embargo de los bienes y derechos de los socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales anteriores a la declaración de concurso, siempre que exista la posibilidad fundada de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas (art. 48.5, párrafo 2º LC).